Kann von demjenigen, welcher nicht selbst Besitzer, sondern nur Stellvertreter eines dritten Besitzers ist, durch constitutum possessorium der Besitz einer Sache auf einen andern übertragen werden?

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

an der

Königlich Bayrischen Universität

Erlangen

eingereicht von

Carl Pöckel,

Gerichtsreferendar in Bonn.

BONN 1892.

Buchdruckerei Joseph Bach Wwe.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535708_0115

Es steht nach den Grundsätzen über das Eigentum fest, dass der Eigentümer, da er die unumschränkte Herrschaft über eine Sache hat, soweit nicht allgemeine Interessen entgegenstehen, nach jeder Richtung hin seinen Willen bezüglich der Sache realisieren kann. Daher steht ihm das Recht zu, jeden Widerstand, der ihm bei der Durchführung seines Rechtes von anderer Seite entgegengesetzt wird, zu brechen, beziehungsweise den Hindernden zur Anerkennung seiner Anordnungen zu zwingen. Dieser freie Wille, durch welchen er seinerseits das Eigentum erwarb, muss ihn aber auch andererseits wieder berechtigen, sich des Eigentums selbst oder eines Teiles desselben wieder zu entkleiden, ausgenommen selbstverständlich diejenigen Personen, die wegen Handlungsunfähigkeit überhaupt nicht imstande sind, einen derartigen Willen rechtskräftig zu bekunden. Eine Art, sich seines Eigentumes zu entäussern, bildet die Tradition, durch welche nunmehr ein anderer die Rechte des Eigentümers erhält. Da nun eine wesentliche Seite des Eigentumsrechtes die körperliche Herrschaft ist, die jedoch nicht notwendig in einem Besitzen der Sache zu bestehen braucht, meistens allerdings in einem solchen bestehen wird, so kann der Eigentümer auch hierüber beliebig verfügen und einer anderen Person den Besitz der Sache übertragen.

Ein praktisches Beispiel dieser Regel bietet uns das pignus. Der Schuldner übergiebt als Eigentümer eine Sache in den Besitz des Faustpfandgläubigers, ohne sich dadurch seines Eigentums zu entäussern, da es stets an ihm liegt, sein früheres Verhältnis zur Sache wiederherzustellen, was geschieht, wenn er seinen Gläubiger befriedigt.

Die gleiche Möglichkeit Besitz zu übertragen, muss man auch dem Nichteigentümer zusprechen. Diese Ansicht ist allerdings nicht allgemein anerkannt, da von mehreren überhaupt eine traditio possessionis geleugnet wird, doch hat Bekker in seinem Buche: Das Recht des Besitzers bei den Römern S. 300 fg. den Irrtum dieser Lehre dargethan. Zunächst ist derjenige, welcher als Nichteigentümer die körperliche Herrschaft über eine Sache hat, deren Besitzer, — ich gehe hier nicht auf eine Unterscheidung zwischen juristischem und blos abgeleiteten Besitz ein —, und als solcher übt er an Stelle des Eigentümers die thatsächliche Herrschaft über die Sache aus. Der Fall soll jedoch nicht in Betracht kommen, wo jemand bona fide und auf Grund eines Titels eine Sache erlangt hat und sich für deren Eigentümer hält, während er nur Ersitzungsbesitz hat, denn einem solchen muss man mit demselben Rechte wie dem Eigentümer eine Besitztradition gestatten, ohne dass dadurch seine Usukapion irgendwie beeinträchtigt würde, sondern der, wo ein Stellvertretungsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer der Sache besteht. Die Fälle dieser Art sind nicht sehr zahlreich, da der Besitzübertragende in der Regel zugleich Eigentümer ist. Zu erwähnen ist hier wieder der Faustpfandgläubiger, der als Stellvertreter den Besitz des Eigentümers ausübt. Wenn hier auch stets ein Vertrag vorliegt, auf den sich

der Besitz stützt, so hat sich dennoch der Pfandgläubiger nicht verpflichtet, diesen Besitz nun ununterbrochen in eigener Person auszuüben, und daher kann auch er dieselbe Sache, die ihm verpfändet worden ist, seinem Gläubiger weiter verpfänden, nur haftet er seinem Schuldner für allen Schaden, der diesem dadurch entsteht, dass die Sache nach Tilgung der Schuld überhaupt nicht oder nicht unversehrt zurückgegeben wird. Es kann also keinem Zweifel unterliegen, dass auch der besitzende Stellvertreter Besitz übertragen kann. Nicht so schnell zu beantworten ist die Frage: Kann auch der blosse Detentor Besitz übertragen? und indem man sogleich hieran anknüpft, die fernere Frage: Kann der Detentor durch constitutum prossessorium Besitz übertragen? Die Beantwortung dieser Fragen soll uns im Folgenden beschäftigen.

Zunächst aber wollen wir uns über den Begriff und das Wesen des constitutum prossessorium verständigen.

Die Bezeichnung constitutum possessorium ist bei den Römern nicht in Gebrauch gewesen, wenn sich auch das Institut des sog. constitutum possessorium unzweifelhaft schon bei ihnen findet, die Bezeichnung für dieses Institut mit dem Namen constitutum possessorium ist vielmehr erst im Mittelalter entstanden. Wahrscheinlich haben hierzu die Glossatoren die Veranlassung gegeben, da sie sich bei der Erklärung dieses römisch-rechtlichen Instituts mitunter des Wortes „constituere“ bedienten, das sie wahrscheinlich aus l 17 § 1 D. 41, 2: possessio recedit, ut quisque constituit nolle possidere herleiteten. Aus diesem Worte wird die Bezeichnung constitutum gebildet sein, und um eine Unterscheidung von dem im

Obligationenrecht sich findenden constitutum debiti herbeizuführen, wird man als bezeichnenden Ausdruck das Adjektiv „possessorium“ hinzugefügt haben. Es entstanden im Laufe der Zeit eine Anzahl Monographieen, die jedoch seit Savigny ihre Bedeutung verloren, da sie zum grössten Teil das Wesen des constitutum possessorium völlig verkennen. Damit ist aber nicht gesagt, dass Savigny nunmehr dem constitutum possessorium seine wahre Bedeutung gegeben habe, denn in neuester Zeit hat man sich mit dieser Lehre wieder eingehender beschäftigt, da die Theorieen Savigny's zum grossen Teil angefochten wurden, ohne dass man jedoch zu einem Abschluss in der Lehre des constitutum possessorium gelangt wäre.

Die Hauptstelle, die man zur Erklärung des constitutum possessorium anführt, ist l 18 pr. D. 41, 2:

Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio. Nec idem est possidere et alieno nomine possidere nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.

Es ist hier von dem Fall die Rede, wo der Besitzer selbst, also aus seinem Rechte als Besitzer, eine Sache durch constitutum possessorium überträgt, wo er also in Person d. h. animo et corpore den Besitz ausübte, und von diesem wird im Anfang der lex gesagt, dass er eine Sache, die er bisher für sich selbst besass, nunmehr im Namen eines andern besitzen kann, so dass er, der bisherige juristische Besitzer, aufhört zu besitzen.

Wir haben es also hier mit einer Besitzentäusserung, einem Besitzverlust, zu thun und zwar mit einem

Besitzverlust solo animo. Zwar wird von mehreren Juristen[1]) behauptet, dass das Aufhören eines der das Dasein des Besitzes begründenden Momente zum Verluste des Besitzes nicht genüge, eine Ansicht, die mit ausdrücklichen Quellenaussprüchen in direktem Widerspruch steht, z. B. l 44 § 2 D. 41, 2 possessionem amitti vel animo vel corpore und nicht animo et corpore, aber von mehreren Juristen[2]) als unhaltbar bezeichnet wird. So erklärt Randa: „Wenn Kierulff und Lenz behaupten, der Besitz gehe immer animo et corpore verloren, weil der animus ohne corpus ein ohnmächtiger, und umgekehrt die blosse Detention nicht jenes corpus sei, wie es der Begriff des Besitzes fordert, so unterschieben sie zunächst den Worten animus und corpus einen quellenwidrigen Sinn, — und legen überdies durch ihr Zugeständnis, dass für die praktische Auffassung bereits das Aufhören eines Erfordernisses einen sicheren Schluss auf das Aufhören des Besitzes überhaupt gestatte, die Unhaltbarkeit ihrer Behauptung selbst zu Tage.“ Also desino possidere und zwar durch die bekannteste Art des Besitzverlustes: durch die Tradition. Ursprünglich glaubte man nun, dass man unter dem Begriffe der Tradition das in die Augen fallende Geben und Nehmen zu verstehen habe, so dass ohne dieses sichtbare Moment eine Tradition nicht denkbar sei, doch hat man diese Anschauung schon früh fallen gelassen, und hat eine freiere Auffassung zur Geltung gebracht.

---

[1]) Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts I. Bd, S. 391; — Lenz, das Recht des Besitzes und seine Grundlagen S. 212—220; — Verloren, het constitutum possessorium in het romeinsche recht § 9; — Meischeider, Besitz und Besitzschutz § 69. —

[2]) Randa, Besitz, S. 214, N. 4; — Zielonacki, der Besitz nach römischem Recht, S. 114; — Keller, Pandekten § 122; — Wächter, Pandekten II. § 127 N. 18. —

Wie sich nun auf Seiten der einen Partei ein Verlust des Besitzes zeigt, so zeigt sich auf Seiten der anderen Partei ein Erwerb desselben. So heisst es an zweiter Stelle in l 18 pr. cit.: alium possessorem ministerio meo facio. Es ist damit gesagt, dass ein anderer durch meine Dienstleistung, also durch mich Besitz erwirbt und ausübt. Schon die im weiteren Zusammenhange der lex vorkommende Bezeichnung „procurator" lässt erkennen, dass wir es hier mit einem Besitzerwerbe durch Stellvertreter zu thun haben. Bereits bei Donellus cf. Commentarius de iure civili lib. V cap. X finden wir diese Ansicht vertreten, doch erst Savigny blieb es vorbehalten, sie endgültig zur Anerkennung zu bringen. Auf die Lehre vom Besitzerwerbe durch Stellvertreter will ich nicht weiter eingehen, sondern nur diejenigen Punkte kurz berühren, die für die vorliegende Frage von Interesse sind. Hiernach muss der Vertreter die thatsächliche Gewalt über die Sache, die er für den Vertretenden erwerben soll, erlangen, wobei er den Willen haben muss, dieselbe für seinen dominus auszuüben. Demnach können nur willensfähige Personen als Stellvertreter den Besitz einer Sache einem anderen verschaffen: Beweis l 1 § 9 D. 41, 2 Ceterum et ille per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi.

Kurz: Nach diesem Prinzipe muss man stets dreierlei voraussetzen:

1) auf Seiten des Vertretenen einen animus rem sibi, habendi, der sich sowohl auf individuell, als auf bloss generell bestimmte Sachen beziehen kann;

2) auf Seiten des Stellvertreters Vornahme der Apprehension mit der Absicht, für den Vertretenen Besitz zu erwerben;

3) es muss ein Rechtsverhältnis zwischen dem Stellvertreter und dem Vertretenen bestehen, durch welches der erstere zum Besitzerwerbe für den letzteren ermächtigt wird. So kann sowohl notwendige Stellvertretung vorliegen, als auch ein Rechtsgeschäft, durch welches ein solches Stellvertretungsverhältnis geschaffen wird z. B. Mandat, Miete. Dieses Verhältnis braucht aber nicht immer rechtsgültig zu sein, es genügt, dass dabei nur der animus alieno nomine possidendi auf Seiten des Vertreters, und auf Seiten des Vertretenen der animus rem sibi habendi vorliegt.

Es heisst nun in l 3 § 1 D 41, 2: apiscimur possessionem animo et corpore neque per se animo aut per se corpore.

Mit dieser Bestimmung ist jedoch nicht die weitere Bestimmung getroffen, dass der animus dem Besitzerwerbe corpore notwendig vorausgehen müsse, vielmehr kann das eine vor dem anderen entstehen. Daraus folgt, dass der Besitz, wenn der animus der körperlichen Herrschaft vorausgeht, oder gleichzeitig mit ihr entsteht, im Augenblicke der Apprehension erworben wird, dass jedoch da, wo das äussere Machtverhältnis bereits bestand, als der Besitzwille angenommen wurde, eine Apprehension nicht mehr vorgenommen wird.

Also erst durch die Apprehension wird der Besitz erworben, da diese das äussere Machtverhältnis zur Sache herstellt, d. h. die Möglichkeit begründet, unmittelbar und ausschliesslich über die Sache zu verfügen. Welche Handlung aber im einzelnen Falle zur ausschliessenden Herrschaft über die Sache, zum Besitz, führt, ist, wie Randa richtig bemerkt, eine Thatfrage und braucht dieselbe nicht immer in einem Berühren oder Betreten zu bestehen, wie man früher annehmen

zu müssen glaubte, und zwar mit Unrecht, da zu der ausschliesslichen physischen Herrschaft ein Berühren oder ein Betreten oft nicht einmal wesentlich noch auch geeignet erscheint. In dieser Erwägung definiert auch das Preussische Landrecht (§§ 50, 51, I. f.): Die äussere Handlung, wodurch eine körperliche Sache in die Gewalt des Besitzers gelangt, wird . . . . Besitzergreifung genannt. Dazu ist jede Handlung hinreichend, welche den neuen Besitzer in den Stand setzt, die Sache selbst oder durch andere zu gebrauchen und darüber zu verfügen", eine Definition, die wir in ähnlicher Weise in anderen Kodifikationen wiederfinden.

Der Begriff der Stellvertretung als solcher verlangt, wie gesagt, noch ausserdem ein Verhältnis zwischen dem Stellvertreter und dem Vertretenen, welches der Willensbethätigung des ersteren, nicht für sich, sondern für den Vertretenen Besitz zu erwerben, die beabsichtigte Wirkung verleiht. Dieses Verhältnis wird begründet durch Mandat und durch negotiorum gestio.

Aus diesen Ausführungen folgt für das constitutum possessorium, dass der Constitutar, da es sich bei ihm ebenfalls um einen Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter handelt, ebenso wie jeder andere Vertretene den animus rem sibi habendi fassen muss, um den Besitz zu erwerben. Hiermit geht Hand in Hand eine Apprehension des bisherigen Besitzers und Vertreters im Besitzerwerbe doch ist man sich in Bezug hierauf nicht einig, ob beim constitutum possessorium eine solche auch wirklich verlangt werden muss. Harburger knüpft an den Besitzerwerb durch einen negotiorum gestor an, indem er sagt, dass, wie hier der dominus den Besitz solo animo durch die Ratihabition erwerbe, da der negotiorum gestor ihn corpore bereits ausübe, so auch beim con-

stitutum possessorium sich das Verhältnis des bisherigen Besitzers und nunmehrigen Detentors gegenüber der Sache in keiner Weise ändere, und daher sich der Besitzübergang solo animo, durch blosse Willensäusserungen, vollziehe, so dass also eine Apprehension der Sache nicht erforderlich sei. Diese Ansicht findet sich schon bei Bartolus und Alciatus vertreten, und von den Neueren haben sich besonders Savigny[1]) und Kierulff[2]) dafür erklärt, auch Randa[3]) scheint sie zu billigen, indem er sagt: „Da hier (beim constitutum possessorium) der bisherige Besitzer bereits die faktische Herrschaft über die Sache hat, so bedarf es, um den Besitz für einen dritten zu erwerben, nur des entsprechenden Willens des letzteren und des neuen Erwerbers“; von einer nochmaligen Apprehension ist bei ihm nicht die Rede. Auch mir scheint diese Ansicht richtiger zu sein, als die ihrer Gegner. Wenn Kniep[4]) sagt, dass es in der oben citierten Quellenstelle heisst: et alium ministerio meo possessorem facio, dass ministerio meo nicht dasselbe sei, wie animo meo, so hat er allerdings Recht, doch scheint er mir den Ausdruck ministerium zu eng begrenzt zu haben, indem er sagt: Allerdings ist eine Apprehension schon früher vorgekommen, aber für den gegenwärtigen Besitzer. Und eine Detention des gegenwärtigen Besitzers kann nicht ohne Weiteres in eine Detention für einen anderen verwandelt werden . . . . Der blosse Wille genügt beim constitutum possessorium nicht, es muss eine körperliche Ausscheidung hinzukommen. Diese körperliche Ausscheidung muss von der Beschaffen-

[1]) Savigny, Besitz S. 318.
[2]) Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts S. 389.
[3]) Randa, Besitz S. 201.
[4]) Kniep, vacua possessio. S. 327.

heit sein, dass sie einerseits die Detention des bisherigen Besitzers aufhebt, und die Detention für den neuen Besitzer begründet.“ Das „ministerio meo“ drückt vielmehr diejenige Thätigkeit aus, zu der ich als Stellvertreter überhaupt verpflichtet bin; beim constitutum possessorium erwerbe ich aber nicht allein für einen anderen als Stellvertreter den Besitz, sondern ich übe ihn auch als solcher aus. Daher scheint ministerio meo sich hier nicht nur auf den Erwerb des Besitzes zu beziehen, sondern vielmehr auf die Ausübung der körperlichen Herrschaft für den neuen Erwerber. Wie diese geschieht, ist dabei gleichgültig, ebenso gleichgültg ist es, durch welchen Akt diese Ausübung ihren Anfang nimmt, jedenfalls braucht er nicht immer in einer in die Augen springenden körperlichen Thätigkeit zu bestehen. — Bei dem Besitzerwerbe durch Stellvertreter, also auch bei einem solchen durch constitutum possessorium ist noch ein Rechtsverhältnis erforderlich, durch welches der Konstituent zum Besitzerwerbe für den Constitutar ermächtigt erscheint. Wir wollen von einer Besprechung der einzelnen Fälle absehen und nur auf das Mandat mit einigen Worten eingehen. Man hat auch hier zu unterscheiden zwischen dem Spezial- und dem General-Mandat. Bei dem Spezialmandat kann der Vertreter ohne Zweifel für den Vertretenen Besitz erwerben, denn hier ist ja der Wille des letzteren von Anfang an auf die bestimmte Sache gerichtet. Anders verhält es sich bei dem Generalmandat.

Nach Savigny[1]) kann der Generalmandatar für den Vertretenen keinen Besitz erwerben, daher kann nach ihm von einem constitutum possessorium hier

[1]) a. a. O. S. 316.

nicht die Rede sein. Anders argumentiert Bremer[1]), nach seiner Ansicht kann durch einen Generalmandatar Besitz erworben werden. Es handelt sich bei der Unterscheidung der Savigny'schen und Bremer'schen Ansicht um die Auffassung der Bezeichnung des Ausdruckes „procurator" in den Quellen. Savigny glaubt in der Bezeichnung procurator nur einen Spezialmandatar erblicken zu müssen, er stützt sich hierbei auf zwei Stellen:

1) Paulus sent. rec. V 2, § 2:

Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem acquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est; absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur.

Savigny fasst nämlich diese Stelle in dem Sinne auf, dass der procurator wohl für den Vertretenen Besitz erwerben kann, glaubt aber aus dem Umstande, dass bei Abwesenheit des dominus erst dessen Ratihabition den Besitzerwerb bedinge, schliessen zu müssen, es sei hier überhaupt nur von dem Erwerbe von im einzelnen bestimmter Sachen die Rede, also von einem Spezialmandat. Diese Auffassung erscheint mir etwas gezwungen, ich glaube daher der Bremer'schen Ansicht den Vorzug geben zu müssen. Hiernach hat Paulus dem procurator-Mandatar den negotiorum gestor gegenüberstellen wollen, was aus dem Satze absente autem domino genügend hervorgeht; demnach stehen die beiden Sätze: Sed per procuratorem . . . . . und absente autem domino grammatisch und logisch auf völlig gleicher Stufe und bezweckt der eine nicht eine Einschränkung des anderen.

[1]) Bremer, Zeitschrift für Civilrecht und Civ. Pr. N. F. IX. XVII. XIV.

2) l 42 § 1 D 41, 2

Procurator, si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem; quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem.

Diese Stelle fasst Savigny in demselben Sinne auf, wie die vorhergehende, indem er sie zu Gunsten des Spezialmandats erklärt, während Bremer wieder und zwar aus dem sua sponte einen Gegensatz zwischen dem Mandat und der negotiorum gestio konstruiert, eine Argumentation, die um so eher zu billigen ist, als in den Quellen die Bezeichnung „procurator" ebenso für den Mandatar, als für den negotiorum gestor gebraucht wird, z. B. l 13, § 12 D. V, 3.

Aber auch l 1 pr. § 1 D IV. 3.

Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat. Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistulam,

steht mit der Savigny'schen Ansicht in deutlichstem Widerspruche, denn diese lex lässt erkennen, dass der Ausdruck procurator in einem so allgemeinen Sinne aufgefasst wurde, dass man sowohl einen Spezial- als auch einen Generalmandatar darunter verstehen kann.

Bei dem constitutum possessorium ist es jedoch nicht nur notwendig, dass sich die Parteien über die Veräusserung resp. den Erwerb des Besitzes einigen, es muss auch über die Stellvertretung im Besitze, d. h. über die Fortsetzung des Besitzes corpore für den neuen Erwerber eine Einigung vorliegen, es muss eine causa detentionis vorhanden sein. Unter dieser causa detentionis, deren Theorie übrigens erst der neuesten Zeit angehört,

verstehen die meisten Juristen[1]) ein Rechtsverhältnis, welches den Veräusserer zur Wiederübernahme der Gewahrsam an der veräusserten Sache berechtigt oder verpflichtet. Exner hat diese Ansicht zuerst ausgesprochen und sie wiederholt verteidigt. Er sagt, dass das Zurücklassen der Detention an sich etwas Anomales sei, das Gewöhnliche und Natürliche sei es immer, dass der Erwerber des Eigentums und Besitzes seine Sache sofort auch in die Gewalt nehme.[2]) Wenn dieses im Einzelfalle nicht geschehe, so müssten dafür Gründe, eine causa detentionis vorliegen, und wenn daher eine solche causa nicht vorliege, so sei auch der Besitz resp. das Eigentum nicht übergegangen. Exner hat gewiss Recht, wenn er sagt, dass der Erwerber des Eigentums und des Besitzes in der Regel auch die Gewalt über die Sache erlangt, aber er scheint in seinen weiteren Ansichten doch zu weit gegangen zu sein. Er fürchtet nämlich, dass wenn man keine causa detentionis annehme, der Satz: traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur nicht berücksichtigt werde, und daher ein Verstoss gegen die Grundregel des Eigentumserwerbes vorliege. Hiergegen ist zu bemerken, dass, wenn man auch eine Tradition annimmt, der Regel: traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferentur in keiner Weise Abbruch gethan wird, man darf nur nicht in das Wort „traditio "ausschliesslich eine körperliche in die Augen tretende Einwirkung oder eine symbolische Handlung in Bezug auf die Sache hineinlegen, vielmehr bezeichnet „traditio"

[1]) Windscheid, Pandekt. I S. 155, Anm. 8a. Eck, in Holtzendorffs Rechtslexikon. Meischeider, Besitz und Besitzschutz § 64, etc. etc.

[2]) Krit. V. J. Schrift Bd. XIII 11.

Besitzübertragung im allgemeinsten Sinne, also ohne Rücksicht darauf, wie sich der Besitzübergang vollzieht.

Man sieht also in der causa detentionis ein Rechtsverhältnis, welches den Veräusserer zur Wiederübernahme der Gewahrsam an der veräusserten Sache berechtigt oder verpflichtet. Man erkennt hieraus sofort, dass sich die herrschende Ansicht mit der Exner'schen im Grossen und Ganzen deckt, indem man eine traditio an den Erwerber und von dessen Seite eine Rückübertragung der Dentention an den Veräusserer, den Constituenten, annimmt. Diese Ansicht scheint mir etwas zu umständlich und in diesem Sinne wohl kaum in der Praxis durchführbar zu sein; wie kann man überhaupt von einer Wiederübernahme der Gewahrsam sprechen, wenn man sie, wie es meistenteils der Fall sein wird, gar nicht aus der Hand gegeben hat? Mir scheint vielmehr eine causa detentionis lediglich in dem Willen der Parteien zu liegen, in der Willenseinigung, die in der Regel in irgend einem Rechtsgeschäft zu Tage tritt und darauf gerichtet ist, dass der bisherige Besitzer die körperliche Herrschaft über die Sache behalten und fortan für den neuen Erwerber ausüben solle. In diesem Sinne spricht sich auch der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (Bd. III S. 98) aus, indem er sagt: Das Behalten der Sache seitens des Tradenten steht in einem gewissen Widerspruche zu der Erklärung der Besitzräumung und dieser Widerspruch muss durch Klarlegung des von den Beteiligten angenommenen rechtlichen Grundes des Behaltens beseitigt sein, wenn der Räumungserklärung Wirkung beigelegt werden soll. Am deutlichsten erklärt sich das Behalten aus einem dem bisherigen Besitzer eingeräumten obligatorischen oder dinglichen Rechte, kraft dessen die

Inhabung von demselben noch eine Zeit lang auszuüben ist. Das Behalten kann aber durch eine von dem bisherigen Besitzer kraft eines Auftrages, eines Hinterlegungs- oder eines Dienstvertrages übernommene Verpflichtung genügend erklärt werden, und ein Verkehrsbedürfnis, für diesen Fall die Wirksamkeit des constitutum possessorium zu verneinen, liegt nicht vor; aber allerdings wird hier im einzelnen Falle besonders sorgfältig zu prüfen sein, ob die Beteiligten ein Pflichtverhältnis des bisherigen Besitzers gewollt und sich nur die Hin- und Rückgabe erspart haben, oder ob etwa nur zum Nachteile dritter der Schein eines perfekten Eigentumsübertragungsvertrages erregt werden sollte.“ Dabei ist es für das constitutum possessorium höchst gleichgültig, worin dieser Akt, durch welchen die Ausübung des Besitzes für den neuen Erwerber ihren Anfang nimmt, besteht, es kann also eine Tradition des Besitzes und eine Rückübertragung der Gewahrsam vorgenommen werden, aber sie ist nicht unbedingt notwendig, nur die Willenseinigung der Parteien über die Stellvertretung im Besitz entstanden aus einem das Behalten der Sache rechtfertigenden Rechtsverhältnisse ist massgebend. Die Frage, wie dem neuen Besitzer der Besitz erworben ist, ist gleichgültig, es genügt, dass er sich als Besitzer betrachtet, und dass der Konstituent ihn als Besitzer ansieht und behandelt. Wohl liegen die Wirkungen einer Tradition des Besitzes und Rückübertragung der körperlichen Gewalt vor, aber wie ein und derselbe Zustand oft ganz verschiedene Veranlassungen haben kann, so braucht man auch beim constitutum possessorium nicht notwendig Tradition und Rücktradition vorauszusetzen, zumal nicht da, wo es sich nur um Besitzerwerb handelt. Die Konstruktion ist stets die: Der neue Erwerber

hat den animus rem sibi habendi, den animus possidendi, der frühere Besitzer übt für den neuen Erwerber die körperliche Gewalt aus, der neue Erwerber ist also Besitzer animo suo, doch corpore seines Stellvertreters, des früheren Besitzers und zwar auf Grund beiderseitiger ausdrücklicher Willenseinigung.

Mit diesen Ausführungen über das constitutum possessorium im Allgemeinen können wir uns begnügen und nunmehr zu unserer Hauptfrage, ob auch der Stellvertreter im Besitz durch constitutum possessorium Besitz übertragen könne, übergehen. Wir wollen jedoch die Beantwortung dieser Frage nicht als eine gegebene und feststehende Thatsache behandeln, sondern dieselbe aus den Folgerungen einer vorangegangenen Untersuchung herleiten. Zu diesem Zwecke müssen wir uns vor allem zunächst über die Frage Klarheit verschaffen, ob von dem Stellvertreter im Besitz überhaupt Besitz übertragen werden kann.

Wenn ein Besitzer durch einen Stellvertreter d. h. animo suo, doch corpore alieno seinen Besitz fortsetzt, so ist ihm damit die stete Möglichkeit geblieben, nach Belieben über die Sache zu verfügen, wie wenn er den Besitz in eigener Person ausübte, nur einen bestehenden Vertrag kann er nicht einseitig ohne Grund brechen. Er kann sich daher selbständig seines Besitzes entäussern und ihn auf einen andern übertragen. Doch letzteres braucht er nicht immer in eigener Person zu thun, sondern dazu kann er sich auch der Person seines Stellvertreters bedienen. Diese Besitzübertragung des Stellvertreters lässt sich nun nach zwei Richtungen hin betrachten, erstens, wenn sie geschieht mit dem Willen

des Vertretenen. und zweitens, wenn sie infolge negotiorum gestio des Stellvertreters vor sich geht. Zur Klarlegung mögen hier zwei Beispiele angeführt werden:

1) A hat seinen Grundbesitz dem B verpachtet und macht bald darauf eine Reise nach Amerika. Da er mit der Zeit an diesem Lande grossen Gefallen findet, entschliesst er sich seine alte Heimat aufzugeben und sich an dem Orte seines Aufenthaltes dauernd niederzulassen. Es ist ihm aber lästig über Meer noch Besitz zu haben, er tritt daher mit C in Verbindung und verkauft ihm sein Grundstück, indem er gleichzeitig dem B aufträgt, dem C dasselbe zu tradieren; auch könnte A dem B den Auftrag geben, das Grundstück zu verkaufen, der es infolgedessen dem C, der sich als Käufer findet, tradiert.

2) A hat dem B ein Grundstück verpachtet und tritt darauf eine längere Reise an. Bei seiner Abreise war man damit beschäftigt, zwischen den Orten X und Y eine Eisenbahn anzulegen und war ursprünglich projektiert, dass das Schienengeleise an dem Grundstücke des A vorbeiführen sollte. Nachträglich stellt sich jedoch heraus, dass es höchst unangebracht sei, die bezeichnete Stelle zur Weiterführung der Bahnstrecke zu benutzen, es wird vielmehr notwendig, einen Teil des Grundstückes des A zu der erwähnten Anlage zu erwerben. Daher treten die Eisenbahnunternehmer mit dem Pächter B in Verbindung und dieser tritt, da er vorher die Meinung des A, dessen Aufenthaltsort ihm gänzlich unbekannt ist, nicht einholen kann, auf Grund eines für A sehr vorteilhaften Kaufvertrages den Unternehmern den geforderten Streifen Landes ab. Hier wird ein gewisser Schwebezustand geschaffen, der solange dauert, bis der Verpächter die Handlung seines Stellvertreters ratihabiert.

Mit der Ratihabition ist der Besitz dann übergegangen, und wird das Rechtsgeschäft so angesehen, als ob A zu demselben von Anfang an seine Genehmigung gegeben habe, d. h. die Ratihabition hat rückwirkende Kraft.

In den vorangegangenen Fällen ist eine Entscheidung insofern leicht, als in dem einen Falle die Uebereinstimmung in dem Willen des Vertretenen und dem des Vertreters von Anfang an besteht, und somit die Handlung des Vertreters sofort als die des Vertretenen hinstellt, in dem anderen durch die nachträglich eingetretene Uebereinstimmung des Willens des Vertretenen mit dem des Vertreters die Besitzübertragung eine rechtmässige und unanfechtbare wird; nicht so leicht zu beantworten ist die Frage, ob auch der ungetreue Stellvertreter Besitz übertragen kann. Wenn die Möglichkeit vorliegt, dass auch der ungetreue Stellvertreter Besitz übertrage, so muss durch eine solche Besitzübertragung dem bisherigen Besitzer der Besitz entzogen werden nach l 3 § 5 D. 41, 2: die sagt, dass plures in solidum possidere non possunt. Es wird sich daher die vorliegende Frage leicht beantworten lassen, wenn wir zunächst untersucht haben, ob der bisherige Besitzer durch die Untreue seines Stellvertreters seinen Besitz verlieren kann.

Zum Besitzerwerbe ist bekanntlich notwendig, dass der Erwerbende den animus possidendi und die körperliche Gewalt über die Sache habe, denn apiscimur possessionem corpore et animo neque per se animo aut per se corpore. Der Besitz wird jedoch nicht in demselben Verhältnis verloren, wie er erworben wird, da zum Besitzverlust schon die Aufgabe des animus possidendi genügt. Dies wird besonders dann der Fall sein, wenn der Besitzer die Sache körperlich selbst in seiner

Gewalt hat; bedient er sich jedoch eines Stellvertreters, so kann er den Besitz nur unter ganz besonderen Voraussetzungen verlieren.

Die meisten Schriftsteller[1]) unterscheiden hier zwischen Besitzverlust an den Stellvertreter und den Besitzverlust durch den Stellvertreter, eine Unterscheidung, die der Uebersicht wegen vielleicht gemacht werden kann, aber nicht gemacht zu werden braucht. Im allgemeinen kann man sagen, dass der durch Stellvertreter ausgeübte Besitz verloren geht 1) dadurch, dass der Vertretene den Besitzwillen aufgiebt, 2) dadurch, dass der Vertreter die thatsächliche Gewalt ohne seinen Willen verliert oder den Entschluss fasst, dieselbe nicht mehr für den Vertretenen, sondern für sich oder für einen dritten haben zu wollen, dass dagegen der Besitz nicht verloren wird durch den Tod des Stellvertreters, auch nicht durch die eintretende Willensunfähigkeit desselben und ferner nicht dadurch, dass der Vertreter den Besitz aufgiebt, d. h. derelinquiert oder tradiert, jedoch unter der Voraussetzung, dass der Besitzer der ungetreuen Handlung seines Stellvertreters mit Erfolg entgegentritt. Was den letzten Punkt anbetrifft, so kommen wir damit auf eine Streitfrage, die bereits unter den alten Juristen bestand und die von Justinian durch die l 12 C. de poss. entschieden wurde.

Diese Konstitution Justinians lautet: Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes definimus, ut, sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem

---

[1]) cf. Savigny, Besitz S. 363 ff. Randa Besitz S. 228 ff. und andere.

licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscunque rei eam dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii, eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicium generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, sed et ipse, si liberae condicionis est, competentibus actionibus subiugetur, omni iactura ab eo restituenda domino rei vel ei, circa quem neglegenter vel dolose versatus est, etc.

In Bezug auf diese lex wollen wir nun einige Ansichten der neueren Juristen einer näheren Betrachtung unterziehen.

Nach Savigny[1]) derelinquiert der Stellvertreter, 1) so dass nun keiner den natürlichen Besitz hat. Alsdann geht der Besitz nicht verloren. Es kommt hier auf die Erklärung der l 40 § 1 D. de poss. an: Si colonus . . . . decessisset . . . . non statim discendum eam interpellari . . . . Idem existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit. Sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit.

Nach dieser Lesart muss man ohne Zweifel annehmen, dass im vorliegenden Falle der Besitz dem Vertretenen erhalten bleibt, wenn sich auch, vielleicht mit Rücksicht auf eine Lesart: aliud existimandum ait . . . . . ., die entgegengesetzte Meinung vorfindet. — 2) Der Stellvertreter derelinquiert so, dass ein dritter den Besitz animo et corpore erhält und er aus seinem Vertreterverhältnis vollständig ausscheidet. Man muss sich jedoch hier wiederum nicht auf den engen Begriff der Dereliktion als solcher beschränken, vielmehr ist

[1]) Savigny, Besitz S. 369.

es ganz gleichwertig anzusehen, wenn der dritte den Besitz unmittelbar d. h. durch Tradition, oder mittelbar d. h. dadurch, dass der Stellvertreter die Sache zuerst verlässt und der dritte sie nun okkupiert.

In Bezug hierauf waren schon unter den alten Juristen die Meinungen geteilt, die einen nahmen Verlust (cf. l 40 § 1, l 44 § 2 D. de poss., l 33 § 4 D. de usurp.), die anderen Fortdauer des Besitzes (d. h. bei erfolgreichem Widerstand des dominus, so dass also der animus desselben die Entscheidung gab) an. Um diesen Streit zu schlichten, erliess Justinian die l 12 C. de poss., wodurch er bestimmte, dass durch die Untreue des Stellvertreters der Besitz nicht verloren sein sollte, der Besitz dauere also fort, ohne Unterschied, ob der Repräsentant die Sache bloss verlässt, oder einem dritten übergiebt.

In ähnlicher Weise führt Keller[1]) aus: Es scheint eine Meinung gegeben zu haben, wonach selbst die Apprehension durch einen dritten mit oder ohne Tradition des Stellvertreters nicht genügte, um den Besitz des Vertretenen aufzuheben, sondern hierfür entweder der Wille des Vertretenen oder die Ueberwindung dieses Willens durch Gewalt erforderlich wäre. Und gerade diese Meinung hat Justinian (l 12 C. de poss.) unter ausdrücklicher Erwähnung des Streites der römischen Juristen und ihrer Schulen vorzugsweise gutgeheissen.

Der Besitz geht also hiernach nicht sofort mit der Okkupation des dritten verloren, es muss vielmehr stets der Wille des bisherigen Besitzers, d. h. wie er sich zu dieser Okkupation stellt, entscheidend bleiben. Dieser Ansicht, die noch verschiedene andere Schrift-

[1]) Keller, Pandekten S. 235.

steller für sich hat, habe auch ich mich unter Ausschluss der Mobilien angeschlossen und werde auf sie im weiteren Verlaufe der Abhandlung noch zu sprechen kommen.

Justinian hat also in l 12. C. de poss. eine Kontroverse entschieden, die über den Besitzverlust von Grundstücken bei den römischen Juristen bestand, von denen auf der einen Seite behauptet wird, dass der Besitzverlust für den bisherigen Besitzer mit dem discedere des Stellvertreters eintrete, auf der anderen, dass erst die Inbesitznahme des dritten den Besitzverlust herbeiführe, und ausserdem noch eine dritte Ansicht aufgestellt wird, nach welcher der bisherige Besitzer in jedem Fall Besitzer bleibt, mag der Stellvertreter die Sache aufgeben, oder mag der dritte sie okkupieren. Wenn nun Justinian auch nicht ausdrücklich erklärt, dass er die Entscheidung nur auf Grundstücke bezogen wissen will, so ist dieses doch als selbstredend vorauszusetzen, da bezüglich der Mobilien durchaus kein Streit bestand, während Justinian durch die besagte Konstitution ausdrücklich und nur eine Kontroverse entscheiden wollte. In dieser Hinsicht gehen allerdings noch heute die Ansichten der Juristen auseinander.

l 12. C. de poss. hat zu einer neuen Kontroverse Veranlassung gegeben. Justinian hat nämlich nicht ausdrücklich den Fall erwähnt, wo der ungetreue Stellvertreter die Sache einem anderen tradiert. Daraus schliesst man[1]) nun, dass der bisherige Besitzer nur dann Besitzer bleiben solle, wenn der Stellvertreter den Besitz doloser Weise, damit ein anderer die Sache in Besitz nehme, aufgegeben, während er den Besitz verliere, wenn der

[1]) cf. Witte, Zeitschr. XVIII. S. 269 — Vangerow, I. S. 433 ff. — Baron, Jahrb. f. Dogmatik VII. S. 165. — Puchta § 131, u. a.

untreue Stellvertreter einen Traditionsakt vorgenommen.

Dieser Einwand scheint mir jedoch kein berechtigter zu sein. Man sagt, wenn man in doloser Absicht den Besitz aufgiebt, behält der Vertretene ihn, tradiert man ihn jedoch, so verliert ihn der dominus. Man übersieht dabei, dass in der Tradition derselbe dolus liegt, und dass ferner der Repräsentant durch die Tradition an einen dritten ebenfalls den bisher für den Repräsentierten ausgeübten Besitz aufgiebt, nämlich zu Gunsten des dritten; man muss also hier das tradere dem prodere der l 12 C. de poss. entweder gleich oder wenigstens als einen Fall desselben erachten.

Eine besondere Auffassung hat Witte, indem er behauptet, l 12 C. de poss. beziehe sich nicht auf fehlerfreien Besitzerwerb durch einen dritten, die Untreue des Stellvertreters allein könne dem früheren Besitzer seinen Besitz nicht entziehen, es müsse noch ein Hand in Hand Gehen mit dem dritten hinzukommen, das derelinquere und prodere habe die besagte Wirkung nicht. Wenn also bei dem dritten bona fides vorliege, verliere der bisherige Besitzer seinen Besitz. Diese Ansicht Witte's ist aber nicht zu billigen, ich stimme vielmehr der Ansicht Meischeider's[1]) bei, welcher sagt: An sich liegt kein Grund vor, unter dem possessionem dolo prodere, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere einen von dem untreuen Repräsentanten vorgenommenen Traditionsakt nicht zu begreifen und die Motivierung des Gesetzes muss diese Auffassung bestärken. Ist der desidia oder dem dolus des Repräsentanten allgemein die Wirkung der Aufhebung des Besitzes des Repräsentierten versagt, so kann diese Wirkung

[1]) Meischeider, Besitz, S. 351.

weder zu Gunsten dessen, dem tradiert wird, noch zu Gunsten eines jeden gutgläubigen dritten eintreten.

Wer also Stellvertreter im Besitze eines anderen ist, übt für den Besitzer das zum Besitze notwendige Erfordernis der körperlichen Herrschaft aus, es fehlt somit dem Stellvertreter zum juristischen Besitze nichts weiter, als der animus possidendi und ist nichts natürlicher, dass er den Besitz der detinierten Sache erwirbt, wenn er seinerseits den animus possidendi annimmt, da er alsdann die zum Besitzerwerbe notwendigen Erfordernisse des animus und corpus hat. Vorausgesetzt wird, dass er den animus possidendi auch in erkennbarer Weise bethätigt, denn nur der geäusserte und bethätigte Wille kann rechtliche Bedeutung haben, während es für die Bethätigung selbst gleichgültig ist, ob sie ausdrücklich oder stillschweigend geschieht. Es ist demnach der Vertretene nur noch animo Besitzer geblieben, ein Umstand, der ihn nach der oben angeführten Regel nicht mehr berechtigt, sich noch seinerseits als Besitzer zu betrachten. Aber soll denn der noch bestehende animus des früheren Besitzers nicht mehr berücksichtigt werden und muss man in allen Fällen der Untreue des Repräsentanten eine so unbedingte Macht beilegen? Ich glaube nicht, dass der Gesetzgeber mit einer solchen Härte verfahren wissen will, und man wird sie auch nicht mit unumstösslicher Sicherheit aus den Quellen herauslesen können.

Die Betrachtung der l 12 C. de poss. hat uns darauf hingeführt, dass hier ein Unterschied zu machen ist zwischen Immobilien und Mobilien. Was zunächst die Immobilien anbetrifft, so ist zu behaupten, dass sie erst dann verloren gehen, wenn der bisherige Besitzer von der Untreue des Repräsentanten Kunde erlangt und

den Besitz nicht in continenti behauptet hat. Man muss sich, um die Wahrheit dieses Satzes zu beweisen, auf die von Papinian Ulpian, Paulus und Pomponinus aufgestellten Regeln stützen; also

1) auf l 46 D. 41, 2:

Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret.

2) auf l 25 § 2 D. 41, 2:

Quod autem solo animo possidemus, quaeritur utrumne usque eo possidemus, donec alius corpore ingressus sit ut potior sit illius corporalis possessio? an vero, quod quasi magis probatur, usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem? et videtur utilius esse.

3) auf l 3 §§ 7, 8 D. 41, 2:

Si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides. Si quis nuntiet, domum a latronibus occupatam, et dominus timore conterritus noluerit accedere amisisse eum possessionem placet.

Ferner lässt sich noch l 6, § 1 D. 41, 2 im obigen Sinne deuten.

Vergleicht man mit diesen Quellenstellen den für den Besitzerwerb und für den Besitzverlust geltenden Grundsatz, nämlich apiscimur possessionem animo et corpore, neque per se animo aut per se corpore und amitti possessionem vel animo vel corpore, ferner den für die Fortdauer des Besitzes geltenden Grundsatz, der die jederzeitige Möglichkeit verlangt, die durch den Erwerb geschaffene physische Herrschaft zu bethätigen,

so sehen wir, dass sich diese Grundsätze mit den obigen Quellenstellen nicht vereinbaren lassen, und so muss man notwendig zu dem Schlusse kommen, dass hier für Immobilien eine Ausnahme geschaffen ist, durch welche der Besitzverlust erst durch die Kenntnis des Besitzers von der Besitzergreifung eines anderen bedingt wird. Daraus und aus l 4 C. de poss.: licet possessio nudo animo adquiri non possit tamen solo animo retineri potest folgt also, dass der Stellvertreter, oder jener andere, für welchen er den Besitz erwerben will, vorläufig noch nicht juristischer Besitzer wird, sondern erst dann, wenn der Vertretene von der Untreue des Stellvertreters Kenntnis erhalten hat. Eine weitere Begründung dieses Umstandes, die Savigny aus der Regel: nemo sibi causam possessionem mutare potest herleiten zu müssen glaubt, scheint mir aber nicht angebracht zu sein und zwar aus dem einfachen Grunde, weil diese Regel sich nicht auf den Besitzerwerb bezieht, sondern nur sagt, dass sich niemand selbst einen Besitztitel anmassen kann. Dieser Ansicht sind auch Baron, Randa und andere. Was nun die oben entwickelte Rechtsnorm anbetrifft, so hat sich auch Windscheid[1]) derselben angeschlossen, ebenso Arndts[2]), indem er sagt: „wenn der Stellvertreter den Willen fasst, fortan für sich selbst oder für einen dritten zu besitzen, so wird dadurch in jedem Falle der Besitz erst dann, wenn dieser Wille sich erkennbar an den Tag gelegt hat, und der Besitz eines Grundstückes insbesondere dem bisherigen Besitzer erst, nachdem ihm davon Kunde geworden ist, entzogen.“ Randa leugnet nur in Bezug auf das österreichische Recht die Notwendig-

[1]) Windscheid, Pandekten I S. 524, A. 6. —
[2]) Arndts, Pandekten S. 229.

keit der Kenntnis des Vertretenen von der Untreue des Vertreters, giebt aber zu, dass die römischen Juristen Kenntnis verlangten, und diese römischrechtliche Auffassung ist auch von den meisten partikularrechtlichen Kodifikationen aufgenommen worden.

Was die herrschende Meinung also sagen will, ist Folgendes: Der abwesende Besitzer hört, solange er von dem was vorgegangen ist, noch keine Kenntnis hat, keinesfalls auf, Besitzer zu sein, vielmehr bestimmt es sich erst durch sein späteres Verhalten, ob er Besitzer bleibt, oder ob er den Besitz verliert. Kehrt er nach erhaltener Nachricht zurück und vertreibt denjenigen, der jetzt Besitzer geworden, so wird dafür zu halten sein, dass er überhaupt keinen Augenblick den Besitz verloren hat, wird er jedoch bei diesem Versuche von seinem Gegner zurückgewiesen, so verliert er den Besitz. Ein Gleiches gilt für den Fall, wo der bisherige Besitzer aus Furcht nicht einmal versucht, zurückzukehren. Diese Ansicht ist allerdings nicht unangefochten geblieben, es wird von ihren Gegnern vielmehr behauptet, dass der Vertretene sofort, nachdem der Repräsentant den Willen angenommen und bethätigt habe, für sich oder für einen dritten zu besitzen, seinen Besitz verliere, ohne Rücksicht darauf, dass er von dem ungetreuen Entschluss seines Vertreters Kenntnis hat oder nicht. Doch glaube ich, dass diese Ansicht schon aus dem Grunde nicht zu billigen ist, weil in ihr eine Härte und Ungerechtigkeit dem Vertretenen gegenüber liegt, die jedoch jedenfalls vom Rechte vermieden werden muss, zumal wir es nicht mehr mit dem alten ius strictum der früheren Zeit zu thun haben.

Was nun die Mobilien anbetrifft, so ist hier die

l 47 D. 41, 2 als massgebend zu erachten; an dieser Stelle sagt nämlich Papinian:

Si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi, possidere neque reddere constitueris confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est: cuius rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit. Hiermit ist gesagt, dass der bisherige Besitzer, ohne sein Wissen, schon durch den blossen bethätigten Entschluss des Stellvertreters, die bewegliche Sache für sich oder einen dritten besitzen zu wollen, seinen Besitz verliert. Savigny a. a. O. S. 366 A. 2 ist der Ansicht, dass l 47 cit. nicht recipiert sei, er behauptet, Papinian habe sie nur deshalb referiert, um zu zeigen, dass auch für die gegnerische Meinung der Prokulianer Responsa existierten, jedoch er selbst habe diese Meinung nicht anerkannt, wenn er sie auch durch die Worte: cuius rei forsitan illa ratio est etc. zu begründen suche. Dieser Ansicht haben Göschen, Bruns, Arndts und zum Teil auch Puchta zugestimmt. Hiergegen wendet Baron in den Jahrbüchern Bd. VII S. 148 mit Recht ein: „Es bleibt auffallend, dass Papinian in l 47 der von ihm referierten Ansicht nicht beigestimmt haben soll; es pflegt doch die Zustimmung von den römischen Juristen durch blosses Stillschweigen erklärt zu werden; noch auffallender aber ist es, dass Papinian sogar eine gegnerische Ansicht mit Gründen unterstützt haben soll.“ Ausser Baron sind noch Windscheid, Boecking, Gesterding, Kierulff, Schirmer und Witte ganz oder zum Teil der Savigny'schen Ansicht entgegengetreten. Die in die justinianeische Kompilation aufgenommene Ansicht ist nach Savigny's Behauptung

die der Sabinianer, die sich, von Paulus vertreten, in l 3 § 18 D. 41, 2 findet:

Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt, possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittitur.

Savigny behauptet, dass diese lex den blossen animus infitiandi für nicht hinreichend erkläre, dem Vertretenen den Besitz zu entziehen, sondern dass vielmehr eine Kontrektatio hinzukommen müsse. Wenn wir diese Behauptung auch als richtig anerkennen, so können wir uns aber nicht damit einverstanden erklären, dass diese contrectatio in einem loco movere bestehen müsse, vielmehr ist zu behaupten, dass durch die blosse Annahme des animus rem sibi habendi oder durch den Entschluss für einen dritten zu besitzen, der Stellvertreter eine contrectatio, wie auch ein furtum possessionis begeht. In dem Leugnen allein liegt also keine contrectatio, noch viel weniger in der contrectatio eine Identität mit loco movere, was hätten sonst die Worte: „et infitiandi animum habeas“ in der Stelle für einen Sinn? Genügte es dann nicht, wenn Paulus nur gesagt hätte: „sed si eam loco non moveris“? Ganz gewiss. Vielmehr scheint mir Paulus haben sagen wollen: wenn du den Besitz des Doponenten nur leugnest, verliert letzterer noch nicht seinen Besitz, wenn du ihn aber leugnest und zum Beispiel noch dazu ein loco movere vornimmst, so verliert er den Besitz.

Die contrectatio, die nichts anderes als Bethätigung des Willens ist, dem bisherigen Besitzer auf diese oder jene Weise seinen Besitz zu entziehen, kann sich also

auch in anderer Weise äussern, das loco movere ist nur ein Beispiel.

In diesem Sinne spricht sich auch Baron a. a. O. S. 150 aus, indem er sagt: „Paulus will eine bestimmte Art des Besitzverlustes angeben, das loco movere, sodann eine bestimmte Art der Besitzfortdauer, das infitiandi animum habere; neben jeder dieser Arten sind noch eine Menge anderer denkbar, wie der Besitz verloren geht resp. erhalten bleibt; und wie l 47 uns belehrt, wird der Besitz auch ohne loco movere verloren, nämlich dann, wenn der Repräsentant den animus sibi possidendi annimmt.“ Dieses ist natürlich auch auf den Fall auszudehnen, wo der Repräsentant für einen anderen zu besitzen beginnt. — Wir haben also als Resultat die Thatsache gewonnen, dass der blosse bethätigte animus des Stellvertreters bei beweglichen Sachen genügt, dem bisherigen Besitzer die Sache zu entziehen, wie es ausserdem noch durch das Beispiel in l 67 pr. D. 41, 2 nec refert in digito habeat annulum an dactyliotheca, quem cum deposito teneret habere pro suo destinaverit bewiesen wird. Ausserdem ist bei Mobilien Kenntnis des Vertretenen von der Handlung des Stellvertreters nicht erforderlich, eine diesbezügliche Erklärung giebt uns Windscheid,[1]) indem er sagt: „Wenn es in l 47 D 41, 2 heisst, si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi, possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est, so will hier das confestim nicht die Notwendigkeit der Aeusserung des Entschlusses, sondern die Notwendigkeit der Kenntnis des Vertretenen von demselben verneinen.“ — Doch schon aus dem Grunde

[1]) Windscheid, Pandekten I S. 524, A. 6.

ist hier der Besitzverlust nicht durch die Kenntnis des Vertretenen bedingt, weil anderenfalls für den Verkehr eine allzugrosse Unsicherheit entstehen würde, ein Opfer das man der Billigkeit, deren Berücksichtigung ja sonst stets geboten ist, nicht bringen kann.

Es ist durch vorstehende Ausführung dargethan, dass der bisherige Besitzer durch die Untreue seines Stellvertreters seinen Besitz verlieren kann. Wenn aber die Untreue diese Wirkung haben kann, so muss man dem Stellvertreter im Besitz auch ohne Bedenken die Möglichkeit zusprechen, den von ihm vertretenen Besitz auf einen anderen zu übertragen, besonders bei Mobilien, wo schon durch den blossen animus seinerseits, für einen anderen fortan besitzen zu wollen, die Sache aufhört, einen juristischen Besitzer zu haben, so dass es nur noch des Willens desjenigen, für den der Stellvertreter den Besitz nunmehr ausübt, bedarf, um eine Tradition zu bewirken.

Nach diesen Auseinandersetzungen dürfte es wohl nicht mehr schwer sein, nunmehr auch unsere eigentliche Frage, ob der Stellvertreter im Besitz durch constitutum possessorium Besitz übertragen könne, zu beantworten, indem wir in der Lage sind, die Regeln über das constitutum possessorium mit den Regeln über den Besitzverlust bei der Stellvertretung zusammenzustellen und zu vergleichen. Es ist nun hier zunächst zu bemerken, dass der Satz: nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet eine Verneinung unserer Frage nicht ausspricht, weil der Besitz als solcher nach der herrschenden Meinung vor allem ein factum, kein Recht ist. Ausserdem ist hier gleich zu Anfang darauf

aufmerksam zu machen, dass man, wenn der Stellvertreter im Besitz durch constitutum possessorium Besitz übertragen soll, es stets mit einer doppelten Stellvertretung in derselben Person zu thun hat, denn der Constituent ist erstens Stellvertreter im Besitz, zweitens Stellvertreter im Besitzerwerbe; wir werden jedoch sehen, dass die eine Stellvertretung nicht neben der anderen bestehen kann, vielmehr dass die erstere durch die letztere aufgehoben wird. Wenn hier überhaupt ein constitutum possessorium zu stande kommen soll, so müssen vor allem die Erfordernisse vorhanden sein, die den Besitzerwerb durch Stellvertreter bedingen, da, wie wir gesehen haben, das constitutum possessorium nichts anderes als ein Besitzerwerb durch Stellvertreter ist.

Es muss daher erstens derjenige, welcher die Sache erwerben soll, den animus rem sibi habendi haben, der meistenteils in einem Auftrage oder einer Vollmacht an den Stellvertreter, also hier an den Repräsentanten des bisherigen Besitzers, besteht; zweitens muss der Stellvertreter den animus alieno nomine possidendi annehmen und äussern. Drittens ist die Herstellung eines Rechtsverhältnisses nötig, demzufolge der Stellvertreter zum Besitzerwerbe ermächtigt erscheint.

Diese drei Erfordernisse aber lassen sich stets herstellen, nur in Betreff des zweiten Erfordernisses unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem gewöhnlichen constitutum possessorium insofern, als hier der Stellvertreter im Besitz den bisherigen animus alieno nomine possidenti zu Gunsten dessen umändert, dem er den Besitz zuwenden will.

Was nun die Besitztradition selbst angeht, so ist dieselbe bei dem constitutum possessorium dadurch besonders gekennzeichnet, dass ihr die äusserliche sichtbare

Handlung der Apprehension fehlt; es liegt aber auf der Hand, dass dieses besondere kennzeichnende Moment nicht nur dann vorliegt, wenn der bisherige juristische Besitzer durch constitutum possessorium Besitz überträgt, sondern auch dann, wenn der bisherige Detentor die besagte Rechtshandlung vornehmen will, denn auch hier hat schon derjenige, der als Stellvertreter den Besitz corpore ergreifen soll, die thatsächliche Herrschaft, wenn auch nicht als juristischer Besitzer, so doch als Detentor. In dem letzteren aber ist kein Unterschied zu finden, da der Begriff des „Innehabens" in keiner Weise anders angewendet wird, wenn er sich auf den juristischen Besitzer, als wenn er sich auf den blossen Detentor bezieht. Wir haben nun oben gesehen, dass als das Grundgesetz für das constitutum possessorium die l 48 pr. D 41, 2 anzusehen ist; dort heisst es: possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium. Ganz dasselbe liegt aber vor, wenn der Stellvertreter eines Besitzers durch constitutum possessorium Besitz auf einen anderen übertragen will, der andere wird Besitzer, denn er kommt in dieselbe Lage, in welcher sich der frühere Besitzer befand: er will den Besitz erwerben, dieses ist aber nur animo et corpore möglich, animo hat er ihn selbstverständlich, da er ihn ja erwerben will, corpore erhält er ihn durch den Stellvertreter und übt ihn durch denselben aus. Daher heisst es ausdrücklich in l 18 cit. „possidet", nämlich animo suo und corpore alieno. — Es ist also dargethan, dass im Prinzipe nichts im Wege steht, auch durch denjenigen, welcher nicht selbst Besitzer sondern nur Stellvertreter eines dritten Besitzers ist, eine Besitzübertragung durch constitutum possessorium zuzulassen. Allerdings haftet diesem Erwerbe etwas Aussergewöhn-

liches an. In der Regel ist nämlich bei dem constitutum possessorium derjenige, welcher den Besitz überträgt, selbst Besitzer der Sache, so dass hier durch die Entäusserung des Besitzes und die blosse Beibehaltung der Detention gewissermassen ein Begeben a maiore ad minus stattfindet, während bei dem vorliegenden Falle keine solche Beschränkung der früheren Thatsachen in der Person des Tradenten eintritt, vielmehr der Constituent in demselben Rechtsverhältnisse zur Sache bleibt, wie ehedem. Es überträgt also hier der Tradent nicht eigenen Besitz, wie solches bei dem regelmässigen constitutum possessorium geschieht, sondern den Besitz desjenigen, den er bisher in der Ausübung des Besitzes vertrat. Wenn man aber behaupten wollte, wie dieses von Leonhard in der Kritik der erwähnten Harburger'schen Schrift geschehen ist, dass eine solche Tradition nicht möglich sei, weil nur derjenige Besitz übertragen könne, der selbst Besitzer der Sache sei, so basiert eine solche Ansicht auf einem Irrtum. Jedenfalls hat Leonhard eine eigenartige Auffassung von der Besitztradition, die wir nicht billigen können, denn wir erblicken die Besitzübertragung darin, dass dem einen ein thatsächliches Verhältnis entzogen und dasselbe thatsächliche Verhältnis bei einem anderen hergestellt wird, so dass z. B. jetzt nicht nicht mehr A sagen kann: „ich bin Besitzer", sondern dass nunmehr C sagt: „ich bin Besitzer", die Person des B ist die Mittelperson, durch welche der Besitz von dem einem auf den anderen übergeht. Wenn wir die Ansicht Leonhards billigen würden, müssten wir notwendig zu einer Verneinung unserer Frage kommen. Auch hat Leonhard den Begriff des „Habens" vielleicht zu eng gefasst. Da der Stellvertreter im Besitz einen wesentlichen

Teil des Besitzes, die körperliche Herrschaft über die Sache, ausübt, so ist es für jeden Fremden schwer, oft sogar unmöglich, in ihm einen blossen Detentor zu sehen. Leonhard sagt nun, es sei ein Unding, etwas übertragen zu wollen, von dem man zugäbe, dass man es nicht habe. Das „Zugeben" ist aber namentlich bei dem ungetreuen Stellvertreter ein eigentümlicher Begriff, er wird sich in der Regel hüten, besonders wenn er mit einem gutgläubigen Erwerber kontrahiert, zu verraten, dass er nur Detentor sei, und was er bei seinem Handeln mit seinem Gewissen abzumachen hat, ist für uns nebensächlich. Es kommt für uns auf die Thatsachen und auf die Wirkungen an. Thatsache ist, dass der Stellvertreter, wenn auch nicht den vollständigen Besitz, so doch einen wesentlichen Teil des Besitzes ausübt, dass er nach aussen hin als Besitzer erscheint und dass er einen anderen zum Besitzer machen will, indem er ihm den Weg hierzu vollständig ebnet; die Wirknng ist die, dass der neue Erwerber Besitzer wird. Was also, wie gesagt, die Person des Stellvertreters angeht, so geht von ihr die Sache durch Tradition auf den neuen Erwerber über. Wie aber verhält sich hierbei die Person des neuen Erwerbers, und wie steht er der erworbenen Sache gegenüber? Die Betrachtung dieser Frage ergiebt Folgendes.

Der Vertreter giebt bei dem constitutum possessorium den Besitz in Wirklichkeit nicht auf, er bleibt stellvertretender Besitzer, Detentor, er hört nur auf, den Besitz für den bisherigen Besitzer resp. Eigentümer auszuüben, in seinem Verhältnis zur Sache ändert sich nichts, sondern nur in seinem Verhältnis zu den Personen, die er im Besitze vertritt. Es liegt also ein Uebergriff seinerseits vor, ein Vertrauensbruch, er nimmt eine

Handlung vor, die nach strengem Recht nur dem juristischen Besitzer, dem Vertretenen, zukäme. Dabei giebt er sich nun dem neuen Erwerber gegenüber entweder selbst als juristischer Besitzer aus, oder er giebt fälschlich Vollmacht an, so dass der neue Erwerber bona fide handelt, oder er geht mit dem neuen Erwerber Hand in Hand, so dass des letzteren possessio auf mala fides beruht. Kann man nun neben der Tradition des Stellvertreters hier nicht eine Okkupation des Stellvertreters sowohl, wie des neuen Erwerbers erblicken? Die Okkupation ist bekanntlich eine einseitige Besitzergreifung und das constitutum possessorium ein Besitzerwerb durch Stellvertreter, schliesst daher einen Vertrag in sich. Ist daher eine Okkupation möglich? Ich antworte: Ja; gleichviel, ob wir nach den Grundsätzen der mittelbaren oder nach denen der unmittelbaren Stellvertretung urteilen, denn beide Arten der Stellvertretung sind nach römischem Rechte bei dem Besitzerwerbe möglich, wenn auch das Prinzip der unmittelbaren Stellvertretung das vorherrschende war.

Nach den Grundsätzen der unmittelbaren Stellvertretung muss also im Hinblick auf unsern Fall der Vertreter im Besitzerwerb selbst zuerst den Besitz erwerben und überträgt ihn alsdann dem neuen Erwerber durch constitutum possessorium. Diesen Besitz kann aber der untreue Stellvertreter nicht anders erwerben, als durch Okkupation, was ihm um so leichter ist, als er ja schon die körperliche Gewalt über die zu erwerbende Sache hat. Der Stellvertreter ergreift also einseitig ohne Wissen und Willen des bisher Vertretenen für den neuen Erwerber den Besitz. Der neue Erwerber übernimmt demnach auch einseitig den Besitz, er okkupiert ihn, in der Regel allerdings, ohne zu wissen, dass er es

mit einem ungetreuen Stellvertreter zu thun hat, dass ein anderer ein besseres Recht an der Sache bereits hat, und ohne daher zu wissen, dass er okkupiert.

Noch einfacher liegt der Fall, und noch deutlicher tritt die Okkupation in die Augen, wenn der Stellvertreter nach den Grundsätzen über die unmittelbare Stellvertretung für den neuen Erwerber den Besitz der von ihm detinierten Sache erwirbt resp. dieselbe durch constitutum possessorium dem letzteren überträgt; denn wenn ich von einem Detentor die von diesem detinierte Sache ohne Wissen und Willen des bisher Vertretenen übernehme, so kann man gewiss an einer Okkupation meinerseits nicht zweifeln, wenigstens wird mich der frühere Besitzer stets für einen Okkupanten halten und als solchen behandeln. In diesem Sinne spricht auch Bruns,[1]) indem er sagt: „Es ist klar, dass das Hinnehmen eines vom Vertreter aufgegebenen Besitzes dem eigentlichen Besitzer gegenüber nichts anderes ist, als eine heimliche Okkupation, und dass daher die über diese im Allgemeinen aufgestellten Grundsätze auch auf jenen Fall angewendet werden müssen. Ob aber der Vertreter den Besitz erst aufgiebt und dann der dritte ihn okkupiert, oder ob der Vertreter diesem den Besitz gleich tradiert, kann für den eigentlichen Besitzer nicht wohl einen Unterschied begründen, ihm gegenüber muss in beiden Fällen gleichmässig der dritte als heimlicher Besitzer gelten.“

Pininski[2]) hält eine Besitzübertragung durch constitutum possessorium überhaupt für unmöglich, wenn nicht eine Okkupation von Seiten des neuen Erwerbers vorliegt. Er sagt: „Ein Detentor, der selbst noch nicht

[1]) Jahrbuch des gem. deutsch. Rechts, S. 42.

[2]) Pininski, Besitz S. 86.

Besitzer geworden ist, kann auf einen dritten weder durch den Abschluss eines Konstituts, noch durch jene uns bekannten Traditionsarten mit abgeschwächter Körperlichkeit der Ergreifung . . . . . den Besitz übertragen . . . . . Der dritte erwirbt den Besitz nur dann, wenn er einseitig zugreift und hierdurch in seiner Person ein zur Okkupation genügendes corpus begründet wird.“ Mag also hier der dritte erwerben, wie er will, in jedem Falle liegt von seiner Seite eine heimliche Okkupation vor, und sind daher auch die über diese geltenden Grundsätze hier anzuwenden.

Da nun die Besitzübertragung durch constitutum possessorium wie jede andere Besitzübertragung von Seiten des detinierenden Stellvertreters durch die Regeln über den Besitzverlust durch Stellvertreter zum grossen Teil bedingt wird, so können wir auch hier wieder zwischen Mandat und negotiorum gestio einerseits und Untreue des Stellvertreters andererseits unterscheiden.

A. Bezüglich des Mandates ergeben sich zwei Möglichkeiten, erstens, dass der bisherige Besitzer, zweitens, dass der Stellvertreter Detentor eines anderen werde:

1) A giebt B den Auftrag, dass von ihm (B) gepachtete Grundstück zu verkaufen unter dem Vorbehalt eines constitutum possessorium zu Gunsten des A.

2) A will sein Grundstück, das B gepachtet hat, verkaufen, möchte jedoch den B, der schon längere Zeit die Pacht ausübt, aus besonderen Rücksichten nicht in die Lage bringen, das Grundstück infolge des Verkaufs verlassen zu müssen. Er giebt daher dem B den Auftrag, das Grundstück zu verkaufen, und zwar an denjenigen, der ihn (B) als Pächter wohnen lässt.

Wenn jemand durch constitutum possessorium

Besitz überträgt, so wird damit in der Regel der Zweck verfolgt, dass der Uebertragende und kein anderer Detentor der Sache werde. Dem widerspricht es nicht, wenn der Uebertragende seinen Besitz durch Repräsentanten ausüben lässt, er wird Detentor, und eventuell durch ihn wird sein bisheriger Repräsentant Stellvertreter in der Detention. Daher kann man in unserem ersten Beispiel nicht von einer Besitzübertragung durch constitutum possessorium seitens des Stellvertreters sprechen, vielmehr ist es hier der Besitzer selbst, der seinen Besitz durch constitutum possessorium überträgt, während der Stellvertreter nichts anderes, als den Willen seines dominus vertritt. Anders verhält es sich in dem zweiten Beispiel. Hier nimmt B, wenn auch mit dem Willen des A, so doch durchaus selbstständig die Besitztradition vor, so dass C in den meisten Fällen nicht einmal weiss, dass B als Stellvertreter mit ihm kontrahiert. Daher ist hier die Möglichkeit eines constitutum possessorium durch den Stellvertreter im Besitz gegeben, zumal sich der bisherige Besitzer der Sache vollständig entäussern, sein Stellvertreter dagegen, der den Akt der Tradition vornimmt, die Detention der Sache forttetzen will.

Dasselbe Resultat ergiebt sich in dem Falle, wo jemand die Geschäfte eines anderen führt, ohne hierzu durch einen besonderen Auftrag oder durch ein Amt verpflichtet zu sein, also im Falle der negotiorum gestio, denn auch hier handelt der Stellvertreter vollständig selbständig, noch selbständiger, als im voraufgegangenen Falle des Mandates, wo die Handlung des Stellvertreters erst durch den Auftrag des Vertretenen veranlasst wurde. Wenn daher C das von A dem B verpachtete Grundstück aus irgend einem Interesse z. B. zum Zwecke der Abrundung seines Grundbesitzes erwerben möchte und

dem B eine für A günstige Kaufsumme bietet, so kann B, der weiss, dass A wegen der grossen Entfernung seines Wohnortes nicht abgeneigt sein würde, das Grundstück zu verkaufen, für letzteren auch ohne dessen vorheriges Wissen den Vertrag abschliessen, und da er gerne Pächter bleiben möchte, und die obigen Grundsätze nicht verletzt werden, durch constitutum possessorium die Tradition vornehmen. Allerdings wird dieser Akt erst rechtskräftig, wenn A das Geschäft ratihabiert, und erst von diesem Augenblicke an hört B auf in Bezug auf das Grundstück Stellvertreter des A zu sein.

B. Nicht so leicht zu unterscheiden ist die Frage, ob auch der ungetreue Stellvertreter Besitz durch constitutum possessorium auf einen anderen übertragen könne. Es lassen sich nämlich hier drei Meinungen unterscheiden.

Betrachten wir zunächst die herrschende Meinung: „Bei unbeweglichen Sachen kann die Untreue des Repräsentanten erst dann den Besitz entziehen, wenn diese Untreue dem Besitzer bekannt geworden ist; bei beweglichen Sachen erst dann, wenn zugleich ein furtum in dieser Untreue enthalten ist“, und fragen wir uns zuerst, ob unter einer solchen Voraussetzung eine unbewegliche Sache von dem Repräsentanten durch constitutum possessorium übertragen werden kann.

Wenn der Stellvertreter des bisherigen Besitzers zuerst den animus annimmt, die Sache für sich zu besitzen und er, nachdem der Besitzer von seiner Untreue Kenntnis erhalten, den Besitz selbst erwirbt, so unterliegt es keinem Zweifel, dass er durch constitutum possessorium diesen Besitz übertragen kann. Aber was für ein Grund sollte vorhanden sein nicht ein Gleiches zu gestatten

für den Fall, wo der bisherige Detentor den animus annimmt und bethätigt, für einen dritten zu besitzen?

Hier liegt ja schon zur Hälfte ein constitutum possessorium vor. Es kommt nur noch auf den Willen dessen an, der den Besitz erwerben soll, also es muss, um mit Harburger zu sprechen, die causa repraesentationis noch hergestellt werden, es muss noch der Vertrag zustande kommen, auf Grund dessen der Stellvertreter des bisherigen Besitzers und nunmehriger Stellvertreter im Besitzerwerbe des neuen Erwerbers die Detention fortan im Namen des neuen Erwerbers fortsetzt. — Wenn also der Pächter nicht mehr im Namen des Verpächters den Besitz ausüben will, sondern den Entschluss an den Tag legt, fortan für einen andern das Grundstück besitzen zu wollen, so verliert der Verpächter unter den oben — Seite 28 u. 29 — gedachten Voraussetzungen seinen Besitz an denjenigen, der durch das treulose Handeln des Pächters die Herrschaft über das Grundstück erhalten hat, während der Pächter selbst infolge des constitutum possessorium Detentor bleibt.

Gehen wir nun zu den Mobilien über. Hier haben wir es hauptsächlich mit zwei sich gegenüberstehenden Meinungen zu thun. Die einen sagen, dass der bisherige Besitzer Mobilien nur dann durch die Untreue seines Stellvertreters verliere, wenn er von der Untreue desselben Kenntnis erhalten habe und zugleich eine contrectatio-furtum vorliege. Wenn man diese Ansicht billigen würde, so müsste man bezüglich des ersten Punktes dasselbe sagen, wie bei Immobilien. Man wird jedoch gar nicht in die Lage kommen, eine derartige Betrachtung anzustellen, sobald man den zweiten Punkt, das Erfordernis eines furtum, einer näheren Untersuchung unterwirft. Wenn wir uns hier auf den Standpunkt

der obigen Meinung stellen und behaupten würden, nur wenn in der Untreue des Stellvertreters ein furtum liegt, ist sie imstande, dem bisherigen Besitzer seinen Besitz zu entziehen, dann wäre eine Besitzübertragung an Mobilien durch constitutum possessorium seitens des Stellvertreters im Besitz unmöglich. Eine blosse Besitzübertragung lässt sie schon zu, aber es wäre ein Unding zu behaupten, dass auch nach ihr der Stellvertreter den animus annehmen könne, fortan für einen anderen zu besitzen, denn die obige Meinung verlangt, wie wir oben gesehen, mit der contrectatio und mit dem furtum ein loco movere. Ein loco movere aber verträgt sich nicht mit dem animus für einen anderen zu besitzen, da er einen ununterbrochenen corpore-Besitz voraussetzt, während jedoch bei dem loco movere sich der Stellvertreter der körperlichen Herrschaft über die Sache in der Regel dadurch entäussert, dass er sie einem anderen aushändigt. Das alles steht jedoch mit dem Begriff des constitutum possessorium im vollsten Widerspruche, da man durch constitutum possessorium, mit Ausnahme der oben gedachten Tradition des durch einen Repräsentanten ausgeübten Besitzes seitens des bisherigen Besitzers, niemals den Besitz von Sachen übertragen kann, die man selbst nicht in seiner körperlichen Herrschaft hat.

Aus dem Gesagten ergibt sich also, dass man, wenn man der vorstehenden Meinung folgt, dem Stellvertreter im Besitz nicht allgemein die Fähigkeit zusprechen kann, durch constitutum possessorium Besitz auf einen anderen in ungetreuer Weise zu übertragen, sondern dass man dieses nur in Bezug auf Immobilien zugeben kann. Zu einem anderen Resultate gelangen wir jedoch, wenn wir uns der zweiten — wie ich glaube, richtigeren — Meinung anschliessen. In Bezug auf

Immobilien ist hier nichts besonderes zu erwähnen, da hinsichtlich dieser dasselbe gilt, wie bei der herrschenden Meinung, der Unterschied erstreckt sich nur auf die Mobilien. Zunächst wird nun von den Anhängern dieser Meinung der Savigny'schen Theorie entgegen behauptet, dass der Detentor einer beweglichen Sache dem Prinzipal auch ohne dessen Wissen den Besitz entziehen kann. Diese Ansicht halte ich nach den obigen diesbezüglichen Ausführungen im Allgemeinen als die absolut richtige, nur kann ich mich mit ihr in Bezug auf ein eventuelles constitutum possessorium aus sogleich anzuführenden Gründen nicht recht befreunden. Ferner wird hier behauptet, dass, um dem Prinzipal eine bewegliche Sache zu entziehen, ein loco movere nicht vorgenommen zu werden braucht, dadurch wird also dem bisherigen Besitzer die Sache entzogen, sowohl, wenn sein Stellvertreter sie mit der deutlichen Absicht, sie dem bisherigen Besitzer zu entfremden, an einen anderen Ort bringt, als auch wenn keine besondere körperliche Ergreifung vorliegt, das loco movere ist also nach dieser Ansicht nur ein Beispiel der Besitzentziehung. Wenn aber schon durch den blossen geäusserten Willen des Repräsentanten, die Sache fernerhin für einen anderen innehaben zu wollen, der Vertretene seinen Besitz verliert, so steht nichts im Wege, auch in diesem Falle dem Repräsentanten die Möglichkeit zu geben, durch constitutum possessorium Besitz auf einen anderen zu übertragen, denn die Regeln über das constitutum possessorium können jetzt zur Anwendung kommen, wo der geäusserte Wille neben den anderen besonderen Erfordernissen ebenfalls ein Hauptmoment bildet. Wenn also z. B. der Depositar in erkennbarer Weise die Absicht äussert, die deponierte Sache nicht mehr für den

Deponenten, sondern für einen anderen besitzen zu wollen, so hört der Deponent auf, Besitzer zu sein, und da man durch constitutum possessorium ebenfalls für einen anderen besitzt, so kann auch der Depositar den Besitz der deponierten Sache durch constitutum possessorium auf einen anderen übertragen. Nur möchte ich in einem Punkte für diesen Fall dasselbe behaupten, wie bei den Immobilien. Dort gilt, wie wir gesehen, das Prinzip, dass der Besitz nur dann verloren ist, wenn der bisherige Besitzer von der Untreue seines Repräsentanten Kenntnis erhalten hat. Das Motiv zu dieser Annahme ist der Umstand, dass die Immobilien, mag der Stellvertreter sie veräussern, derelinquieren, im eigenen Namen oder im Namen eines Fremden besitzen wollen, wegen ihrer Stabilität dem bisherigen Besitzer stets zugänglich sind, während die Mobilien mit Leichtigkeit von einer Hand in die andere gebracht werden können. Aus letzterem Grunde hat man daher bei Mobilien vorherige Kenntnis des Vertretenen als Bedingung des Besitzverlustes ausgeschlossen. Wenn jedoch Mobilien durch constitutum possessorium von dem bisherigen Stellvertreter übertragen werden, so fällt doch die obige Erwägung fort, denn die Sache bleibt ja bei der dem bisherigen Besitzer bekannten Person des Detentor, so dass hier allerdings, wenn auch nicht wie bei Immobilien immer, so doch in den allermeisten Fällen die Möglichkeit vorliegt, von diesem die Sache zurückzuerhalten. Ich glaube daher, dass man auch hier im Falle eines constitutum possessorium den Konstitutar nicht eher als Besitzer betrachten darf, als der bisherige Besitzer von der Untreue seines Stellvertreters Kunde erlangt und darauf vergeblich versucht hat, sich wieder in den Besitz des Mobile zu setzen. Wenn man auch im Allgemeinen bei

Mobilien die Billigkeit nicht so weit ausdehnen darf, so scheint mir doch, wenn ein constitutum possessorium vorliegt, um bei dem Beispiel zu bleiben, der Deponent ebenso wie der Verpächter zu behandeln zu sein.

Nicht berechtigt ist dagegen die dritte von Fitting vertretene Meinung, die des Zusammenhanges wegen erst jetzt Erwähnung findet. Nach ihr ist eine Besitzübertragung durch constitutum possessorium überhaupt unmöglich, sie knüpft daher insofern an die Meinung der älteren Juristen, nämlich des Bartolus, Zasius, Alciatus und Cuperus, an. Wie letztere überhaupt das eigentliche Wesen des constitutum possessorium nicht genau erkannt hatten, indem sie darin ein durch l 18, pr. D. 41, 2 eingeführtes eigenartiges Institut erblickten, so glaubten sie auch aus dem quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere jener lex die Ansicht herleiten zu müssen, dass der untreue Stellvertreter niemals durch constitutum possessorium Besitz auf einen anderen übertragen könne. Allerdings konnten sie leicht zu dieser Ansicht kommen, da sie eine andere Stelle der Digesten anführten, die zu ihren Gunsten zu sprechen scheint, nämlich l 32 § 1 D 41, 2:

Si conductor rem vendidit et eam ab emptore conduxit et utrique mercedes praestitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet.

Was nun diese lex anbetrifft, so spricht sie nur äusserlich für die Ansicht der früheren Juristen, da diese jedenfalls dem Zusatze „et utrique mercedes praestitit“ zu wenig Bedeutung beigelegt haben. Wenn dort mit ausdrücklichen Worten stände: si conductor rem vendidit et eam ab emptore conduxit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet, so würde die obige Auffassung der früheren Juristen ge-

rechtfertigt sein. Der Mieter zahlt aber dem ersten Vermieter nach wie vor den Mietzins aus, und wenn er ihn auch dem zweiten Vermieter zahlt, so legt er dennoch nicht den ernsthaften Willen an den Tag nur für diesen allein fernerhin die Sache besitzen zu wollen, was aber bei einem constitutum durchaus notwendig ist, zumal nur einer die Sache besitzen kann infolge des Satzes: duorum in solidum possessio esse non potest. Fitting argumentirt hier[1]) folgendermassen: Wenn jemand seinen Besitz durch einen Stellvertreter ausübt, so fallen die beiden constituierenden Elemente des Besitzes: animus und corpus in zwei verschiedene Personen auseinander; der animus findet sich bei dem Prinzipal, das corpus bei dem Stellvertreter. Eine Konsequenz ist, dass der Besitz in der Person des Prinzipals nicht solo corpore in demjenigen des Stellvertreters nicht solo animo verloren werden kann. Wenn daher der Prinzipal aus seinem Grundstücke dejiziert wird, sein Stellvertreter aber nicht, so verliert der Prinzipal den Besitz nicht, und ebensowenig verliert er ihn, wenn der Stellvertreter eine blosse Veränderung im animus vornimmt ohne gleichzeitige Veränderung hinsichtlich des körperlichen Verhältnisses. Daraus folge, dass der Prinzipal auch dann Besitzer bleibe, wenn sein Stellvertreter die Sache an einen dritten veräussert, sie aber nicht körperlich übergeben, sondern nur ein constitutum possessorium geschlossen habe. Auch Fitting beruft sich, wie die älteren Juristen, auf l 32 § 1 D 41, 2, und müssen wir ihm hinsichtlich dieser Beweisstelle mit denselben Gründen entgegentreten, mit denen wir oben die ältere Anschauung, an die er sich offenbar angelehnt hat,

[1]) Goldschmidt, Zeitschrift für das Handelsrecht Bd. XVIII S. 335.

widerlegt haben. Ferner aber muss nach unseren obigen Ausführungen der Umstand, dass dem Prinzipal der Besitz noch nicht dadurch entzogen wird, dass er dejiziert wird, wenn sein Stellvertreter nur auf dem Grundstücke bleibt, dadurch erklärt werden, dass der Prinzipal überhaupt nie den Besitz verliert, so lange ein anderer für ihn die thatsächliche Herrschaft über die Sache ausübt; nach den Regeln über den Besitzverlust durch den ungetreuen Stellvertreter jedoch wird dem Prinzipal der Besitz dann entzogen, wenn der Stellvertreter den animus annimmt und in unzweideutiger Weise an den Tag legt, fernerhin nicht mehr für den bisherigen Besitzer, sondern für einen andern besitzen zu wollen, so dass also einer Besitzübertragung durch constitutum possessorium seitens des ungetreuen Stellvertreters nichts im Wege steht.

Das Resultat unserer Untersuchung ist demnach folgendes: von demjenigen, welcher nicht selbst Besitzer, sondern nur Stellvertreter eines dritten Besitzers ist, kann an Immobilien sowohl wie an Mobilien durch constitutum possessorium Besitz auf einen anderen übertragen werden.

Das durch die vorstehenden Ausführungen erzielte Resultat giebt uns zu einigen Bemerkungen Anlass. Wenn der Stellvertreter infolge Mandates seitens des Vertretenen oder als negotiorum gestor durch constitutum possessorium dem bisherigen Besitzer seinen Besitz entzieht, so finden wir hierin etwas Selbstverständliches, der Konstitutar wird Besitzer, und sein Besitz kann nicht angefochten werden. Wenn aber der Stellvertreter im Besitz ungetreuer Weise durch constitutum possessorium Besitz überträgt, so wird dadurch, dass auch hier

der bisherige Besitzer seinen Besitz verliert und der Konstitutar in gleicher Weise Besitzer wird, an unser Gerechtigkeitsgefühl appelliert, und es tritt die Frage an uns heran: Ist auch hier, wie im Falle des Mandates und der negotiorum gestio der Besitz auf Seiten des neuen Erwerbers festgegründet und unantastbar? Durch die Besitzübertragung seitens des Stellvertreters hat sich dessen dingliches Verhältnis nicht geändert, nur in seinem persönlichen Verhältnis ist eine Aenderung eingetreten. Wodurch aber wird dieses persönliche Verhältnis begründet? In der Regel doch durch einen Vertrag, man denke z. B. bei Immobilien an einen Pachtvertreg, bei Mobilien an ein Commodatum. Da nun aber vor allem auf Grund eines solchen Vertrags das dingliche Verhältnis für den Stellvertreter im Besitz hergestellt wird, so macht dieser, wenn er seine körperperliche Herrschaft über die Sache dadurch missbraucht, dass er wider Willen des bisherigen Besitzers einen anderen zum Besitzer der Sache macht, sich eines Vertragsbruches schuldig. Denn ich übergebe als rechtmässiger Besitzer meine Sache einem anderen, damit er für mich, aber auch nur für mich, den Besitz ausübe, so dass die Sache nach Ablauf des Vertrages wieder an mich zurückfalle: wird nun letzteres durch die Schuld des Stellvertreters unmöglich, so muss er den gesammten Schaden ersetzen, der mir aus seiner Handlung erwächst. Man könnte allerdings entgegenhalten, da durch das constitutum possessorium der bisherige Stellvertreter Detentor bleibt, so ist es ihm doch stets möglich, das Grundstück an den früheren Besitzer wieder zurückzugeben, hierauf ist jedoch zu erwidern, wenn er sich eines zweiten Vertragsbruches schuldig machen will, so kann er auch dem neuen Erwerber, dessen Stellvertreter

er nunmehr ist, den Besitz wieder entziehen; er wird aber in der Regel berechnen, wie er sich am besten steht und darnach die Alternative, vor die er gestellt ist entscheiden: steht er sich besser bei der Rückgabe, so wird er sich zur Rückgabe, steht er sich besser bei der Leistung des Interesse, so wird er sich hierzu entschliessen, falls der frühere Besitzer nicht durch Klage und Exekution die Sache selbst zurückerlangt hat.. Bei der Rückgabe aber wird der neue Erwerber bei bona fides einen Entschädigungsanspruch gegen den Stellvertreter erhalten. — Doch der bisherige Besitzer braucht nicht einmal gegen seinen früheren Stellvertreter klagend vorzugehen, er kann sich auch an den neuen Erwerber halten, wenn er ihn ausfindig gemacht hat, und von diesem die Rückgabe seiner Sache verlangen. Ist er zugleich Eigentümer, so kann er, da der neue Erwerber bei bona fides wegen der Untreue des Stellvertreters nur juristischen Besitz haben kann, und da das Recht des Eigentümers ein stärkeres ist, als das des juristischen Besitzers, als Eigentümer dem neuen Erwerber seine Sache vindizieren, durch rei vindicatio zurückverlangen. Die rei vindicatio als solche ist demnach die vom Standpunkte des Eigentums aus gegebene Klage. Ebenso kann und muss man die Besitzentziehung vom Standpunkte des Besitzes aus betrachten, und hier kommt man in entsprechender Weise zu einem Schutze des Besitzes gegen Vertrauensbruch und Eigenmacht, dem Schutze durch die Interdikte.

Ich will an dieser Stelle einer Ansicht Bruns mit kurzen Worten entgegentreten. Bruns sagt: Der Besitz dauert nur so lange fort, bis ein dritter ihn okkupiert und nimmt also clandestina possessio des dritten und Fortdauer des Besitzes solo animo bei dem

bisherigen Besitzer nur an bis zur Okkupation. Schon meine obigen Ausführungen haben gezeigt, dass ich diese Ansicht nicht teile, dass ich vielmehr Fortdauer des Besitzes annehme, bis der bisherige Besitzer Kenntnis von der Okkupation erlangt und darauf den Besitzwillen aufgiebt. Ich finde diese Ansicht konsequenter, denn wenn man die Fortdauer des Besitzes solo animo bei dem bisherigen Besitzer annimmt, wie es auch Bruns thut, so finde ich es willkürlich, wenn man diese Fortdauer nur bis zur Okkupation des dritten annimmt und der Besitzwille des ursprünglichen Besitzers nun mit einem Male keine Bedeutung mehr haben sollte. — Bei unmittelbarem Besitz nimmt Bruns Fortdauer desselben bis zur Kenntnis der Untreue seines Stellvertreters an, warum soll man das, was gilt, wenn der Besitzer seinen Besitz allein ausübt, nicht gelten lassen für die Person seines Stellvertreters d. h. wenn er sich in seinem Besitz vertreten liess? ist es nicht logischer, ein bereits rechtmässig bestehendes thatsächliches Verhältnis vor gänzlichem Untergang und den daraus sich ergebenden Folgen zu schützen, als das unrechtmässige Entstehen eines solchen Verhältnisses zu begünstigen?

Es handelt sich nun hier zunächst um das interdictum unde vi zum Schutze des entzogenen Immobilarbesitzes. Man könnte mir entgegenhalten: Dieses Interdikt dient allerdings zur Wiedererlangung des Besitzes an Immobilien, doch kommt es nur dann in Frage, wenn auf Seiten des neuen Erwerbers mala fides vorlag.

Dieser Gedanke liegt allerdings nicht fern, da man sehr leicht geneigt sein kann, ihn aus dem Erfordernisse der vis herzuleiten, indem man vis und bona fides als ganz diametrale Begriffe ansieht. Ohne Zweifel müsste man eine solche Ansicht billigen, wenn man in den

Ausdruck vis jene krasse und antike Bedeutung der handgreiflichen Vergewaltigung legen würde. Eine solche eng begrenzte Bedeutung hat aber der Begriff der vis nicht, wenigstens nicht im justinianischen Recht, vielmehr bedeutet vis für uns nicht nur die durch Anwendung von thatsächlicher Gewalt bewirkte Dejektion, sondern jede Besitzentziehung gegen Wissen und Willen des bisherigen Besitzers seitens eines dritten oder dessen Stellvertreters. Gerade dieses letztere, die Besitzentziehung durch eine vom neuen Erwerber zu vertretende Handlung des Stellvertreters im Besitzerwerb greift Platz bei dem vorliegenden Falle eines constitutum possessorium; ich werde hierauf noch mit einigen Worten zu sprechen kommen.

Das vitiöse Moment hat man zu suchen in der heimlichen Okkupation des neuen Erwerbers. Unter der heimlichen Okkupation, versteht man, wie oben ausgeführt, eine solche Besitzergreifung, von welcher der bisherige Besitzer nichts weiss; dabei ist es für die Person des Okkupanten gleichgültig, ob er wissentlich oder unwissentlich okkupiert, denn nicht seine Kenntnis und Absicht entscheiden, sondern des bisherigen Besitzers Wissen oder Nichtwissen. Erfährt er also die Okkupation, so kann er das Interdikt anstellen. Ursprünglich scheint ihm dasselbe allerdings nur gegen den mala fide possessor zugestanden zu haben, wie verschiedene Quellenstellen bekunden z. B. l 6, 7 D. de poss.:

Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit (retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit.) verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam.

Dabei ist zu bemerken, dass der Unterschied zwischen vis und clam in den Quellen kein allzu grosser ist, oftmals ist ein clam possidens zugleich ein vi possidens und umgekehrt.

Allmählich bildete sich das Interdikt auch gegen denjenigen aus, welcher bona fide okkupierte, wenigstens glaube ich, dass man nicht fehl geht, wenn man dieses Prinzip aus folgenden beiden Gesetzesstellen entnimmt;

1) sagt Pomponius in l 25 § 2 D 41, 2: Quod solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat, aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem et videtur utilius esse;

2) sagt Papinian in l 44, 46 D 41, 2: Saltus hibernos, quorum possessio animo retinetur quamvis proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoret;

Da es in beiden Stellen ganz allgemein heisst: „qui ingressus sit in possessionem“ und „saltus hibernos, quamvis proposito possidendi fuerit alius ingressus,“ so kann man sie keinesfalls auf die Okkupation mala fide beschränken, sondern man muss meines Erachtens ohne Bedenken die bona fides in gleicher Weise darunter subsumieren. Demnach steht dem bisherigen Besitzer gegen den dritten, mag dieser bona oder mala fide den Besitz erlangt haben, stets das interdictum unde vi zu, gerichtet auf Rückgabe des Immobile und auf Schadensersatz. Diese Ansicht spricht unter

anderem Bruns[1]) mit den Worten aus: „Es ist für den bisherigen Besitzer gleichgültig, ob der Okkupant seines Besitzes bona oder mala fide war, er will jedenfalls und in beiden Fällen gleichmässig seinen Besitz erhalten oder wiederhaben. Nimmt man das Prinzip der Fortdauer überhaupt einmal an, so ist es konsequent und zweckmässig, zwischen bona und mala fides keinen Unterschied zu machen. Danach ist das Prinzip allgemein so zu bestimmen: Jede Okkupation fremden Besitzes ohne Wissen des Besitzers begründet das interdictum unde vi, mag sie bona oder mala fide geschehen."

Zur Wiedererlangung von Mobilien steht dem bisherigen Besitzer das interdictum utrubi gegen den Okkupanten zu. Ursprünglich rechnete man das Interdikt zu den interdicta retinendae possessionis, d. h. es diente ursprünglich nur zum Schutze gegen Besitzstörungen und stand unter zwei Besitzprätendenten demjenigen zu, welcher im letzten Jahre länger als sein Gegner den Besitz fehlerlos gehabt hatte. Später liess man jedoch von dieser Anwendung ab, man beseitigte das Erfordernis des längeren Besitzes in dem letzten Jahre und gab das Interdikt schlechthin demjenigen, der die Sache rechtmässig besessen hatte und besass, gegen Störungen sowohl als gegen Entziehungen des Besitzes; das interdictum utrubi hatte demnach rekuperatorische Wirkung. Diese Weiterbildung des Interdikts hat ihre volle Berechtigung, denn gerade der rekuperatorische Schutz wegen Entziehung des Besitzes ist bei Mobilien von ganz besonderer Wichtigkeit, weil eine Entziehung hier wegen der Beweglichkeit, des oft geringen Umfanges, der Möglichkeit schneller Veränderungen bedeutend leichter ist, als bei Immobilien. Die

[1]) Bruns, Besitzklagen S. 139, 140.

blosse Störung des Besitzes und der dementsprechende Schutz desselben ist bei Mobilien der weit seltenere Fall.

Ueber das interdictum uti possidetis im Besonderen, d. h. über die Frage, ob auch dieses hier unter Umständen gegeben ist, sowie die Eigentums- und die Besitzklagen im allgemeinen will ich mich nicht weiter verbreiten; für die vorliegende Frage scheint mir die vorstehende Ausführung zu genügen.

Die beiden erwähnten Klagen, das interdictum unde vi und das interdictum utrubi sind demnach ganz allgemein demjenigen gegeben, der seinen Besitz fehlerhafter Weise, also durch einen ungetreuen Stellvertreter an einen dritten verloren hat, daher auch demjenigen, dessen Stellvertreter im Besitz diesen Besitz durch constitutum possessorium auf einen anderen übertragen hat. Denn das constitutum possessorium ist, wie wir gesehen, ein Besitzerwerb durch Stellvertreter, welcher durch Tradition seitens des Besitzers oder für diesen seitens des Stellvertreters im Besitz vor sich geht, und zu welchem, wenn die Besitzübertragung durch einen ungetreuen Stellvertreter vorgenommen wird, heimliche Okkupation des neuen Erwerbers tritt. Heimliche Okkupation aber ist es ganz besonders, gegen welche die genannten Interdikte den bisherigen Besitzer schützen sollen.

Noch einer besonderen Erwähnung bedarf die actio spolii. Durch diese Klage, welche sich zuerst in der italienischen Praxis ausbildete und dann später in Deutschland recipiert wurde, ist nicht bloss der juristische Besitzer, sondern auch der Detentor geschützt. Sie ist begründet bei jedem unfreiwilligen Besitzverlust seitens des Besitzers resp. Detentors, sowohl bei Mobilien wie bei Immobilien, und zwar nicht blos gegen die Person

des Entsetzenden, sondern auch gegen die des redlichen dritten Besitzers.

Heutzutage wird allerdings bei Immobilien eine Besitzentziehung so leicht nicht mehr eintreten, da wir in der Lage sind, uns zu hüten. Bekanntlich hat man in einem grossen Teile des deutschen Reiches mit den alten römisch-rechtlichen Prinzipien gebrochen, und ist zur Anlage eines Grundbuches geschritten, wodurch jedermann infolge der dieser Anlage zu Grunde liegenden Publizität die Möglichkeit gegeben ist, sich durch Erkundigung Gewissheit über den Rechtszustand zu verschaffen. Aus diesem Grunde ist es dem ungetreuen Stellvertreter im Besitz nicht mehr so leicht möglich, den Besitz von Immobilien im allgemeinen und daher auch durch constitutum possessorium auf einen anderen zu übertragen. Ein gleiches Institut auch für Mobilien zu schaffen würde zu umständlich und für den Verkehr zu schwerfällig sein, es liesse sich höchstens vielleicht bei grösseren, augenfälligeren Mobilien denken, aber es auf alle Mobilien auszudehnen, ist überhaupt unmöglich. Daher ist bei beweglichen Sachen der bisherige Besitzer nicht so gesichert, er ist lediglich von der Treue seines Stellvertreters abhängig. Allerdings wird ihm im vorliegenden Falle des constitutum possessorium die Möglichkeit gegeben, die Sache selbst, weil ihm ihr Detentor bekannt ist, wieder zurückzuerhalten, was bei einer Hingabe an einen anderen meistenteils entweder gar nicht oder nur mit grösserer Mühe gelingen würde; aber dennoch wird es auch hier oft nicht leicht sein, selbst wenn ein constitutum possessorium von Seiten des bisherigen Stellvertreters vorliegt, den Besitz der beweglichen Sache wiederzuerlangen, da häufig die Person des neuen Erwerbers, sowie auch die Thatsache, dass

mit ihm ein constitutum possessorium abgeschlossen ist, unbekannt bleibt, und die Sache selbst oft mit Leichtigkeit verborgen werden kann. Wenn aber auch bei der Besitzübertragung durch constitutum possessorium seitens des ungetreuen Stellvertreters das eigentlich Verwerfliche nicht in dem constitutum possessorium, sondern vielmehr in dem Vertrauensbruch und der eigenmächtigen Vornahme einer Besitzübertragung überhaupt zu finden ist, so kann doch auch das constitutum possessorium an sich dem Verkehrsleben sehr gefährlich werden, namentlich dann, wenn man zu einer allzu freien Anwendung desselben hinneigt, wie es eine Zeitlang der Fall gewesen ist. Daher hat man sich neuerdings namentlich bezüglich der beweglichen Sachen für eine Einschränkung des constitutum possessorium bekannt.

VITA.

Am 9. Oktober 1865 wurde ich, Johannes Karl Pöckel zu Witten a. d. Ruhr als Sohn des Privatiers Karl Pöckel geboren und in der evangelischen Konfession getauft und erzogen Nach genossenem Vorunterrichte besuchte ich das Königl. Gymnasium zu Düsseldorf, das Kaiser-Wilhelm-Gymnasium zu Cöln, das städtische Gymnasium zu Elberfeld und nach einer überstandenen Krankheit das Königl. Gymnasium zu Coesfeld, woselbst ich Ostern 1888 das Zeugnis der Reife erhielt. Darauf widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft, und war im ersten Semester an der Universität Greifswald, während der übrigen Semester an der Universität Bonn immatrikuliert. Im Februar 1892 bestand ich in Cöln die erste juristische Prüfung und bin zur Zeit bei dem Königl. Landgerichte zu Bonn als Referendar beschäftigt.

In meinem ersten Semester in Greifswald hörte ich bei den Professoren Pescatore, Fischer und Stoerk, während der übrigen Semester in Bonn besuchte ich die Vorlesungen der Professoren Zitelmann, Krüger, Landsberg, Baron, Endemann, von Schulte, Kahl, Hüffer, Nasse, Loersch und Ungar.